

docsriver.com
商家本本店

docsriver.com商家本本店



上海三联法学文库

文库主编

贺卫方

近代私法史 上

以德意志的发展为观察重点

[德] 弗朗茨·维亚克尔 著
陈爱娥 黄建辉 译

PRIVATRECHTSGESCHICHTE der NEUE ZEIT

Unter besonderer Berücksichtigung der
deutschen Entwicklung

von FRANZ WIEACKER



上海三联书店

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



从中世纪到20世纪60年代，从法律家阶层的地位、法学文献的种类、司法与立法实务到哲学与法律思想的背景，维亚克尔在《近代私法史——以德意志为观察重点》中追溯了近代私法的起源，展望了它后续的发展，体系开阔、叙述却纤细优雅。

维亚克尔依凭持之以恒的毅力、大师的技艺与惊人的激情完成了如下计划：根据私法素材，叙说一个欧洲法律思想发展的故事，从中世纪的博洛尼亚直至当下。

这部经典之作的另一个成就在于，它阐明了法律思想与一般哲学思想之间的持续互动，如经院哲学和中世纪的法律科学、启蒙运动与理性法、古典主义（和浪漫主义）与萨维尼历史学派。

ISBN 7-5426-2164-5



9 787542 621641 >

定价：68.00元（上、下册）

D950.9
W539

近代私法史 上

以德意志的发展为观察重点

PRIVATRECHTSGESCHICHTE der NEUZEIT

Unter besonderer Berücksichtigung der
deutschen Entwicklung

von FRANZ WIEACKER

[德] 弗朗茨·维亚克尔 著
陈爱娥 黄建辉 译



上海三联书店



上海三联法学文库

文库
主编
贺卫方

Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung
von Franz Wieacker

Originally published in German

Copyright VANDENHOECK & RUPRECHT, GÖTTINGEN, 1996.

Chinese Translation Copyright © 2004 by Wu-Nan book Inc.

Published by arrangement with Wu-Nan book Inc.

Simplified Chinese Translation Copyright © 2006 by Shanghai Joint Publishing Company

ALL RIGHTS RESERVED

本书为（台湾）五南图书出版股份有限公司授权
上海三联书店
在大陆地区出版发行之简体字版本

版权所有 侵权必究

上海三联法学文库序

这是一套以翻译作品为主的法学丛书。关注法律出版的人们都知道,在过去的十多年间,法律翻译作品的出版差不多达到了百年来的一个高潮。无论是综合性的如“外国法律文库”(中国大百科全书出版社)、“当代法学名著译丛”(中国政法大学出版社)、“世界法学译丛”(北京大学出版社)、“世界法学名著译丛”(上海人民出版社),还是专题化的如“宪政译丛”(北京三联书店)、“宪政经典”(北京大学出版社)、“公法名著译丛”(商务印书馆),以及以国别为依据者如“美国法律文库”(中国政法大学出版社)、“当代德国法学名著”、“法国现代法学名著译丛”(均为法律

出版社),甚至某个学者自成系统者如朱苏力教授主持的“波斯纳文丛”……林林总总,蔚为大观。这种法学的大规模“进口”对于开阔学界视野、深化法律教育和学术研究以及推进法治建设的意义是不言而喻的。

不过,仔细观察,尽管数量不少,但是法律译著的选题品种却仍有其缺陷。最突出的一点是,大多是一些理论和学术色彩较重的作品。由于致力于经典、名著的引进,选材不免惟学理高深者是取,这样,那些贴近社会生活的、具有相当人文色彩的作品就不多见了。偶尔有几本也由于选目不当或翻译粗劣而不能形成气候甚至败了读者的胃口。这种情况不仅导致法学译著的读者面的狭窄,而且也会带来相当的误导,人们会以为这就是外国的法学和法律的全貌。甚至对于那些试图打探门径、有所取益的行外学者读到这样的书也往往望而生畏、如坠五里雾中。法治建设应该是一项全社会的事业,如果没有其他领域的人士和国民的广泛参与,靠法律界孤军奋战,难有成效也是必然的。

或许,这种情况与人们过多看重法学本身的科学性或专业化有关。实际上,作为一门与社会生活联系紧密的学科,法学在其演进过程中一直是与人心和人生息息相关的,而且也一直在各种不同学科的知识和方法里得到必要的滋养。虽然自古罗马开始,就出现了专门的法学家阶层,法学的专业化也意味着它与其他学科的分隔,但是,斯多葛哲学在罗马人的法律思考里留下了深深的印记。按照伯尔曼的见解,基督教为西方的法律传统奠定了神学基础。作为一门以解决纠纷、塑造良好社会秩序为目标的学问,法学一直与修辞学有着紧密的关联,甚至晚近的法律与文学运动还力倡法律就是一种文学(law as literature),因此要研究法律和法学中的叙事和修辞(narrative and rhetoric in the law),看看那些法律人是如何打着法律解释或法律推理的旗号说故事的。尽管这样的主张推到极致不免会伤害法律以及法学所追求的确定性,不过,它们还是提醒我们更全面地看待法学,不要忽略这门学科浓厚的人文色彩。

幸赖上海三联书店支持,我们能够组织这样一套富于人文色彩的法学丛书,力求在推进法学的多视角观察上有所贡献。我们会注重对于一些古典著作的挖掘,以全面地展现不同历史时期法学发展的重要篇章。为了便利当代读者理解这些经典著作之于今天的意义,当代学者对于古典著作所作的研究也是丛书选题的重点。我们将着重挑选一些有助于读者理解法治得以孕育和成长的社会文化环境的作品,例如研究最早将法学作为大学教授对象的博洛尼亚大学、英国律师会馆(Inns of Court)这样独具特色的法律教育机构的著作等。另外,著名法学家的传记最能够帮助我们理解那些法律人的心灵、情感和周遭环境,及其与特定学说和思想之间的关联,自然也是我们选题的侧重点。总之,一方面注重过去相对边缘化的人文取向的作品,追求丛书的独特性,另一方面,也保持相当的开放性,兼容并包,让丛书成为一个持续生长的百花园。开放性也意味着尽管在起始阶段以译著为主,不过在风格旨趣上相近的自家学人著作也是我们所乐于收入的。

上海三联书店一贯注重出版物的品质,包括翻译作品的质量。近年来法律译著行情看好,不少出版社竞相出版,一些不具翻译能力的人士也率尔操觚,个别译著甚至误译连篇,可以不夸张地说构成了对原著的践踏。令人欣慰的是,这套丛书筹划之初便得到了法学界一些翻译高手的支持,尤其是几位虽然年轻却有着翻译上喜人成就的学者,他们的加盟为这套丛书的品质提供了坚实的保证。

自己虽然有过一些翻译的经验,也曾参与过一些丛书的组织,不过由于能力和视野上的局限,主持这样一套丛书还是有些诚惶诚恐。很希望学界先进能够不吝赐教,提供选题建议,对于已经出版的作品提出批评,从而让这样的文化事业获得光大的动力。

贺卫方

2005年12月10日

二 版 序

出版社友善的敦促,将长期以来只能以未经变动之新刷发行的本书改版,我直到现在才能完成。在此,对新版的安排与变动之处作些说明,应该是有益的。

一版只有整体计划原则上被保留了。文章的表达方式经过逐句审视,经常还作了彻底的更新。强烈扩充的参考资料应该帮助读者,对于作者的意见形成、当下的诸多问题与争议,作出自己的判断。透过对中世纪寺院法学的概览以及,将现代运用看作一个独立时期加以评价,作者尝试填补前版两个明显的漏洞。可能有些读者仍然觉得,作为近代私法史中最长也最成果丰硕的时期,对于现代运用的描述仍有未足;其原因在于:我的陈述比较取向于法学自我意识的持续运动,而不那么置重在私法秩序在释义学上的彻底开展与法院实务的巩固,后两者正是现代运用的主要贡献。另一方面,虽然日益理解法学人文主义的社会、文化影响与其法学贡献,作者并未视其为独立的时期。在法兰西与尼德兰,藉由特殊的欧洲影响,它确实重新形塑了私法学门;然而,在德意志,虽然初始看来充满希望,实际上则必须到历史法学派才重拾并继续开展其作用。反之,作者一再确认理性法是私法史上首要的基本要素;如是,维持其(乍看未必适当的)篇幅,也得以正当化。最后,因为作者确信,私法史之于我们并未终结,它不是我们已经结束的传统遗产,毋宁是一个向当代影响开放的方案,所以我叙述它的发展一直到最近。在此,作者作为当代成员,其个人的局限性自然难逃读者的眼光。

最近十年,私法研究在欧洲(也包括我邦)超乎大家期待的繁荣兴盛—这或许是法学最令人欣喜的征兆之一。新版不能无视于这些发展。它受惠于这些研究的特别是,(以“继受早期”尚未能全然表达的)对于自

近代私法史……以德意志的发展为观察重点

十一世纪教会的教育中心兴起,特别是自中世纪盛期法律家阶层的教育养成以来,阿尔卑斯山以北就始终有罗马法存在一事的理解;应该感谢的也包括,对于法律家阶层在逐渐形成之现代国家的宪法、行政与司法扩建中的重大影响。比较是植基于作者自己的考量的是:学术更新系本于哲学上唯心论的精神,据此对十九世纪历史法学派与法学实证主义作了不同的解释与评价。

作者也应该充分说明,假使这本书不想变成别本书,或变成别人的书的话,新版无法满足哪些期待。首先,法学传统的持续性支配着本书的陈述(特别是近代早期与中段的部分),根据法律家阶层的起源,前者在欧陆只能是罗马语系的传统。因此,不论作者多么希望自己能摆脱罗马语系的局限,本书必然会忽略德意志私法史的其他基本构成部分:整个法律生活、公共法律意识持续地受到德意志法之有力生活传统的形塑,一直到启蒙晚期、法国大革命之际,它始终支配德意志法律现实,一直要到历史法学派在精神与学术上发现了“德意志法律史”与“德意志私法史”,它才逐渐枯竭。作者一直希望,日耳曼语系方面也能有整体性的介绍,以便可以平衡本书的片面性。此外,《私法史》尝试掌握法学意识对社会事实的影响;因此它不能是释义史。如是,一方面在《今日罗马法》的体系上,终局、经典地作十九世纪的确认,另一方面突破“德意志私法”的这些确认,则是我们这个学门的第二个迫切需求。最后,大家可能会对本书的叙述提出更原则性、更符合时代风格的下述异议:只有当政治与社会现实被法学意识所掌握与整合时,本书才会提到它们。就此必须指出,如此作法是必要的,因为法律史的对象只能是,在法秩序中已客观化的社会生活。大家应该会同意,本书始终都考量到法律家阶层、法律养成与法适用时的社会前提条件。

即使不考量因为作者的工作能力、其信息以及,其个人历史观的局限所带来的限制,在无法概观的欧洲(或即使仅仅是德意志)私法史的任务中,任何整体形象的尝试都是不完整的。正因如此,作者加倍感谢这么多研究同事们的作品、建议乃至私人的意见交换中提供的协助。逐一列名,看来是不可能的,虽然一些名字总在感怀之中。我必须自限于,对 Wollschläger、Reinhardt、Kaufhold 与 Schlichting 在搜集文献与校讎上

二 版 序

的协助,明白致谢。特别要感谢出版社,不仅对作者的期待始终考量,毋宁更进一步协助并鼓励作者。一版时对 Fritz Pringsheim(卒于 1967 年 4 月 24 日)的题赠,更改为对他的纪念。

哥廷根,1967 年 6 月

Franz Wieacker

译 序

俯仰终宇宙,不乐复何如(陶渊明)

依笔者的想法,严几道所称“信、雅、达”的翻译标准未必真确;翻译的任务在于突破语言的障碍,忠实传达作者的原意给读者,所以“信”才是标准所在^{〔1〕}。然而,在此所说的“忠实传达”并非逐字照译,毋宁是指应忠实传述作者要表达的意涵(内容)与其表达的形式(文风);假使将质朴晦涩的作品翻译成雅达之作的话,恐怕会尽失作者的原意。既然如此理解翻译的任务,应该努力的是如何达成这项要求,任务已了,译者可以默尔而息,不必多言;简洁地说,译序应该可以省略。然而,考量到原著的特色,除了导读之外,笔者希望藉此指出该书的特质,让读者一开始就了解要面对的是一项值得克服的艰难挑战;另一方面,笔者作为公法研究者却参与《近代私法史》的翻译工作,其中牵涉诸多情缘,希望藉此致谢。

《近代私法史》牵涉内容之广泛,读者可以在译著的“导读”里很快得到证实;藉着“导读”的摘要、概述,希望能帮助读者克服难以概观的困难。在此想说明的是文风上的特色。就此,Reinhard Zimmerman 教授为本书的英译本^{〔2〕}所作的序言里有简短但精确的说明,笔者既然不能说得比他更好,为了读者的利益,直接加以引用也许是比较正确的策略。他指出,《近代私法史》不是容易读的书,因其所运用的语言形式本身就显示其

〔1〕 Walter Benjamin 以另一种带诗意的说法表达同样的意思:翻译“这个文学形式被赋予之任务”,“是去守护看顾原文的成熟过程,以及翻译自身出生之阵痛”。转引自吴睿人翻译, Benedict Anderson 之《想象共同体:民族主义的起源与散布》(1999年)的“译后记”。附带一提,笔者认为这是一本精彩译著,译文充分显示(吴睿人先生在其“导读”里提及的)原著“困难而优雅”的风格。

〔2〕 A History of Private Law in Europe, with particular reference to Germany, translated by Tony Weir, 1995. 在此要特别感谢政治大学法学院陈惠馨教授惠予提供这本英译。

处理对象的复杂性,并且充斥非常细致的细节描述(为此必须花力气去理解);然而,读者可以得到的补偿更多。因为作者显然是以惊人的、不断的努力,运用他对这个议题具有的大师技艺以及,应该是青年才会有的狂热来呈现这个作品。书内充满方法上的反省、让人赞叹的旁论(例如“持续性”的概念、“继受”的构想,或关于民法“总则”的问题)以及,(对格老秀斯、萨维尼、耶林等法思想家)纤细优美的传记。然而,它们不是无条理的混合,F. Wieacker 思想上的“金线”贯串全书,书中处处显示,他就是想说一个欧洲法思想发展的故事。这个工作背后更根本的考量是对于正义的关怀,他想指出,过去诸多世代的法律家如何在时空条件限制下去追求这项理想的。最后,R. Zimmerman 教授也指出,本书二版(这是翻译所据版本)刊行(1967年)以来已近三十年(在2004年的今日则已逾三十年),私法史研究当然诸多进展,然而,像《近代私法史》那样提供欧洲私法史的整体图像者,尚未之见;这同时也正当化了译者们对翻译对象的选择。

最后要提及译者们彼此,以及与本书的遭际相逢。在此一开始就应该指出,笔者负责本书前四部,过度早逝的黄建辉教授则负责第五部与第六部的翻译;各自完稿之后,在思考应如何整合译稿以维持原著的统一性时,黄教授为癌症所困,经笔者请求,黄教授同意将整合,乃至必要的校订工作交付本人。然而,因为原著的体系阔、文字致密,再加上笔者自身公法任务的牵绊,校订相关工作竟不能在黄教授辞世前完成,深感愧对良友,此项工作的进行也更加迟滞;如今希望在务期谨慎心情下提出的完稿,能够不辜负黄教授当时的付托。希望读者也能谅解笔者说明一下,黄教授参与此项翻译工作的颠末。黄教授与笔者都是在中兴大学法律学系接受最初的法学训练,他是晚我一届的学弟。但初次相识时,我已经大学毕业方才考进中兴大学法律学研究所;当时他邀请我到民生东路、敦化北路口的麦当劳,谈论应如何准备研究所考试的问题。开始这项翻译工作时,他任教于中原大学财经法律学系,有鉴于他在法学方法、民法上的专长,笔者邀请其参与,他(因为对学姊的客气)一诺无辞;即使在转赴高雄大学筹备处负责繁杂的总务工作后,他仍然勉力完成本书第五部、第六

部的翻译。追抚前尘,面对他交付的译稿,至今仍感怅惘。

然则,笔者身为公法研究者,何以会动念翻译《近代私法史》?笔者常自谓是基础法学长久的业余爱好者^{〔3〕},而如前所述,本书的目标其实是在开展一个欧洲法思想的发展史(虽然运用的是私法的素材)。因此,当1993年冬天,我依照(博士口试里负责民法部分的)Uwe Blaurock教授的要求阅读《近代私法史》时,真是如醉如痴;在一些谈到艺术风格的部分,又得以请教读艺术史的室友陈静文,对于同一时代思潮如何在不同文化媒介里显示其风格,更觉恍然。因此机缘,在Karl Larenz的《法学方法论》译著完成后,五南图书负责法律书籍的李纯聆小姐询及,假使要继续翻译法律经典名著的工作的话,进一步的选择为何时,我不假思索地建议F. Wieacker的《近代私法史》;在李小姐提议就由我自己承担这项工作时,我也就邀约黄建辉教授一起进行。在此也要特别感谢五南图书与李小姐对于译著(主要归因于笔者之)迟缓的谅解与耐心。

由初识原作到完成译著已经十年,地理上也正好显示出笔者与哥廷根(Göttingen)和台北两处的深刻联系。哥廷根大学法学院诸多师长对于我们外籍学生的极为关怀、乐于协助,但在学术要求上却不容假借的风格^{〔4〕},我至今仍深为感谢并奉为圭臬。以往的中兴大学法律学系、法律学研究所诸多老师提供笔者友好且丰富的法律养成训练,今日的台北大学法学系接纳我成为其中一员,在此结识的名威、宗典、易璋、芷瑜与明谊,他们的协助校对工作,所有这一切都让我深刻体会此处温馨且自由的学术氛围。因为有这么多方的助成,笔者才有能力理解并传述(先前同样是哥廷根大学法学院一员之)F. Wieacker教授的巨著。

本书英译者Tony Weir教授在他的译序里虽然提及“与克服困难或免除痛苦相比,获得成果的快乐实不成比例”。但笔者却极为庆幸自己对翻译对象的选择;因为翻译原著所获得的视野上的成长、历史观照上的恍

〔3〕我非常尊敬的硕士论文指导教授城仲模老师(在我年轻时)一再正确地谆谆教诲,比较适当的研究路径可能是从具体探索到抽象思考,柔和地阻止我贸然选择基础法学的研究路径。

〔4〕我极为仰望的博士论文指导教授Christian Starck老师经典地展示此一风格。

近代私法史——以德意志的发展为观察重点

然,确实值得付出那样的代价。应该明确指出的是:T. Weir 教授的英译绝非晦涩之作,在翻译过程里,笔者亦由此获益良多;此外,我也同样参照了 T. Weir 教授的考量,省略了许多包含诸多(中文读者无从参照之)德文文献、无涉实质内容之进一步说明的原著脚注。译著以边码显示原著的页码,以方便能阅读德文原著者参照;这部分的编排工作是仰赖五南图书的协助而完成的。

陈爱娥

2004 年夏天

于蕙荪北楼研究室

导 读

陈爱娥

新的文化承载者接受一些有持续性的要素,同时也导致它们的变异:
每回历史上的相遇,都是有创意的误解(F. Wieacker)

译者前此在导读拙译 Karl Larenz 的《法学方法论》时曾指出,“经典学术著作的作者常具有说理明畅的能力,因此通常不须导读为其蛇足”;然而,基于我们对法学方法论的陌生与原著篇幅不小的考量,当时仍不揣浅陋勉以导读代译序。如今,面对一本时间纵深数百年,关照层面不仅及于法律的学术、立法与司法实务,更及于其时代人文精神之前提要件的宏伟(并且论述精致)的巨著,忐忑不安的心境更胜于前。应该为了藏拙,请读者自行涵泳浸润? 还是应该为了鼓舞读者不畏原作者的博闻多识、致密文风,以(基于译者的责任)曾经反复阅读原著数次之读者的立场,提供自己所得经验,使更有领悟力的读者能直探骊珠,更容易体会原作者在极度审慎、极有说服力的论述下包含的热情——一方面肯定所有在各该情境下提供原创性贡献者的努力,另一方面,综合整理“前此已发现者的信息”,使“后来者(在追求正义的途径里)得藉此避免歧路与迂回”? 译者最后选择写一篇导读的考量其实是质朴的——作为译者,如自认已理解原作者的苦心孤诣,又岂能不尽媒介之功能? 如是,这篇导读的目标也非常单纯——为了使读者更容易理解原著,希望能以尽可能简短但足够清楚的方式,忠诚地指出原著的架构与论述主轴;因此,译者并未参杂己意于其中,此宜先叙明。

论述架构的建立：“近代私法史”的任务、探讨范围与分期

原著以“近代私法史”为题，即使已经用“以德意志的发展为观察重点”的副标题加以限制，其可能指涉的范围仍然甚广，应如何界定其观察对象？此外，这段历史应根据何等观点划分不同时期来探讨？都是决定整本著作根本架构的前提问题，它们的答复取决于“近代私法史”的论述任务为何。

作者一开始就指出，近代私法史必须处理今日私法在人文精神、学术上的前提要件，为此必须观察近五百年来德意志私法的整体发展，并且始终关注其与整个欧洲法律文化的纠结关系。为此撰写的私法史是一部近代法学思想及其如何影响近代国家、社会发展的历史，而非制度史；作此选择的依据是作者对法律史的理解。他认定，法律史的认识任务在于我们的存在本身的历史性，因此，举凡与人类法律经验有关的历史，都会成为它的研究对象，而不能局限在法律制度本身。

在这样的任务理解下，作者界定其探讨对象的范围，涉及的主要是欧洲与德意志的关系。与其副标题精神相符，作者没有放弃哪一方。有鉴于欧洲几个主要国家里就有多样的发展与原著本身界定的特别任务，作者将论述限制在德意志的事实关系上；虽然如此，考量到欧洲历史发展（就私法史而论）具有的整体性，在所有重要阶段都必须由欧洲整体脉络出发才能真正理解它，因此，在关键之处，仍将对欧洲整体脉络作详细的说明。

在形式上就形塑了本书架构的是近代私法史的分期。就此，作者确信，私法史上每个历史时期的发生，都源自欧洲思想方法上的新见；由此引申，德意志私法史发展阶段的划分也源自欧洲法律思想上的四个重大转折：十二至十四世纪间欧洲法学的发生。它开端于优帝法典的重新发现。在中世纪盛期之初，由古代晚期汲取来的解释、教学方式被转用到学习优帝法典上时，欧洲的法学就产生了。在这种训练中养成的法律家在公共生活里占有支配性地位，这点造成我们理性地讨论法律事务问题的特质。而当我们提及，西欧与中欧在十三世纪至十六世纪间“继承”罗马法时，所意味的也只是这种学术、社会事件在地域上的扩展。十七、十八

世纪之间,理性主义的自然法发生并取得精神文明上的支配力。这种理性法为宪法理论、政治与法律基本原则奠定乌托邦的意识形态特质,从十八世纪末叶起,它促成一系列现代立法者最早有计划的创作。十九世纪期间的中欧,一方面新兴市民阶层本于文化自觉起而反抗专制计划者的监护措施;另一方面,苏醒的历史意识及浪漫主义起而反对启蒙运动晚期(对历史抱持敌意)的法律信仰及法国大革命。其结果是:历史法学派在民法学上的表现——学说汇编学变成市民法治国中,进步、扩张之营利社会的工具;它还促成实证主义的(第二波)欧洲法典化潮流,最先是1900年的德意志民法典,其次是1907--1911年的瑞士民法典。而最终,学说汇编学也就在这两个法典中趋于寂灭,代之而起的是法律实证主义。最后是二十世纪里实证主义的崩溃和法律危机。一旦官僚、立法者摆脱了法律确信的束缚,法律成为竞逐利益的工具,实证法律也就失去公共意识对它的确认;如今赋予新法律意识的各种努力,正是要寻找正义的代替品。除了“继受”阶段分成两部(第二部、第三部)来处理外,作者在本书正是依序分部来处理前述不同时期的发展。我们先观察作者如何说明欧洲法学的起源。

欧洲法学的起源:近代私法史里的中世纪基础

与他对私法史任务的理解相符合,他认定,欧洲法秩序的渊源存在于中世纪早期罗马-日耳曼社会的根本生活形态以及,古代晚期留给这个社会的三大秩序力量:西罗马帝国组织的残余、拉丁教会与古代晚期的学校。他非常优美地指出,借着有体系地运用(古代晚期学校中教授的)初级三艺中的逻辑论证手段来理解伦巴底法制时,特殊的法学目标终于在十一世纪的 Pavia 学校出现;然而,依据比较无争议的说法,法学在 Bologna 产生。这个欧洲法学的滥觞之地,其有利之处在于她特殊的地理位置,她是上意大利诸城早期经济、政治繁华时最富有、最有活力的城市。城市的兴起创造了一个进步的社会,她要求,对于法律事实应该作智性的掌握;此外,她也促进了政治的自信与俗世知识分子的养成。然则,其何以选择罗马法作为智性掌握的根据?作者指出,因中世纪将古代前文明认定是自己生命中标准、永恒的形象,而罗马法事实上也采纳了古代

晚期斯多葛学派的自然法要素。

代表此一时期法学的注释法学家，原本着重对个别文句作分析性的批注以及，利用经院学派解决问题的表达形式（“设问”与“论争”），但从1152年以后逐渐转向综合性的表达形式。他们经常被誉议，因为对权威、逻辑形式主义的狂热，而排斥实际的事物理性与正义；本书的作者却持平地指出，他们对近代欧洲社会运作的贡献也不容忽视。在欧洲，注释法学家首先向罗马法学家学习，就人类生活的重大纷争不再以非理性的生活习惯，或藉由暴力来解决，毋宁是依据一般规则，对独立的法律问题作知性的讨论。法律家的这项新要求恒久地使欧洲公共生活司法化、合理化。此外，中世纪最大的精神力量——教会，其内部秩序——中世纪最有势力之法秩序——对俗世法学的影响也不容忽略。作者精彩地指出寺院法中伦理神学要求的影响：忽略普通民众与市民之法的形式要求；更精致地评断心里内部的构成事实，依缔约者伦理上的意图来衡量法律效果；解放已经老化的权力关系，提倡男女的平等地位。

进一步扩建中世纪法学的评注法学者，其不同于注释法学家之处在于：评注法学者将他们所处的环境作为学术上的素材，这才使得优帝法成为整个欧洲的普通法，同时也使得非罗马法能吸收其法学思考形式；原作者非常优雅地点出，“当他们以其学术技术支配这项法源，而且不因此遗忘普通法的统一性时，当时整个活生生的法制，就都成为他们的工作场域”。假使说注释法学者的声望还依赖中世纪盛期的罗马理念的话，评注法学者的权威主要建立在他们对现况的掌握上。评注法学者在他们的意大利故乡，十四、十五世纪时就必须面对早期的人文主义者。后者要求，以理念的认识取代藉逻辑手段证立权威的主张，用体系代替个别性地批注词条；但是人文主义理念的胜利还必须经过长时间的发展。

从继受前夕到实践性继受的完结：寺院法的影响、俗世继受与现代运用

虽然作者将“继受”的流程分由第二部与第三部来说明，译者却认为，强调二者同属“继受”脉络，再指出其差异之处，一方面有助于读者的理解，另一方面应该也无害于作者的原意。

作者干净、清晰地指出，藉由罗马法来使德意志法律生活合理化，其

主要植基于新兴之领域支配者、大城市的计划意志。此外，古老德意志法界人士的自信也逐渐丧失，相较于那些在王侯办公室、市政府中的法律家们，未曾受过训练的参审官日益丧失其威信；因为他们不能依人文法则、逻辑推论来作成决定，因此欠缺明确性裁判的合理要求。至于继受的进行，作者指出，自十三世纪以来，罗马法起初的适用于德意志地区几乎都透过教会的媒介；因为神职人员组成之法院的管辖权也及于俗世化事务，它快速地影响到俗世法领域。此外，研究也显示，除了这种寺院法上的“继受”外，也存在直接的俗世前期继受：十三世纪末叶，比较有规模的王廷枢密处中开始有两类法的法律家出现，稍后此等人物也出现在各邦地方长官、王侯参议顾问与市长中。十四世纪以来，在德意志逐渐形成两类法律素材的认识与学术性处理，而且开始转由俗世法律家负责。十五世纪后半叶，借着受过法学训练的法官，普通法得以普遍、直接地适用于正规俗世法院，并出现在新的法律记录书中。与前期继受相较，这段透过有学养的法律家，直接适用普通法于俗世私法制度的“实践性”全盘继受时期，有其特殊的地位；对于俗世私法秩序的历史来说，德意志继受的时代开始于此。

然而，在此的“继受”所指为何？作者强调，把法理解为只是规范与定理的总和，后者又可以立即转用到其他法律社会，这种见解忽略了，法规范有其文明、伦理上的前提条件，其实现可能性也取决于社会、历史的一定情境。发生在中世纪末期的实践性继受罗马法，是以法学的学术架构与方法为客体，只因这种学术源自罗马民法典的学术性发现，因此可以称为（优帝）罗马私法的继受；更明确地说，继受其实是一种从沿袭的习惯法制转向成文法，由清楚易懂的方式转向逻辑—概念式的法规范发现方式，可以说继受根本就是转向现代社会生活。因此，作者把继受理解为：继受主体（德意志法律社会）本身的改变—这是中世纪晚期意大利（法兰西）法学文献、由彼处养成之法律家以及，自彼处习得之方法与定理等的向欧洲北方突进，它发生在十三到十六世纪之间。

作了前述的厘清之后，作者可以精确地界定继受的标的：欧洲的普通法；它是注释法学家与评注法学者在优帝法典的基础上，以学术性的处理方式，将之与当时（尤其是上意大利）的制定法、习惯与商事习惯统合而形

成者。继受的素材及于整个司法法制，质言之，不仅私法，也扩及到整个普通刑法以及民事、刑事诉讼程序。就私法领域而言，其包含普遍适用的学理、人法与亲属法、婚姻与继承法制、不动产法制、债法与动产法制。其中，罗马法影响最强烈的是债法与动产法制，这是最需要，也最能够被合理化的法律领域；继受影响最小的是人法与亲属法，此外，家庭财产与继承法制的深层基础也并未受学术化法学的重大影响。这就体现了一项法律继受的普遍法则：除非丧失整个主体性，各民族事实上无法放弃其基本的日常生活形式。

假使继受被作者理解为继受主体的改变的话，他就要指出，这项改变如何显现在法律社会的各个层面。考量到继受实在比较是法律行业的“学术化”，作者以俗世法律家、法学文献、司法裁判与立法作为观察的面向：

实践性继受时期之俗世法律家在文化阶层上的地位，受到他与人文主义关系如何的影响；这是因为实践性继受在德意志晚发生了上百年，此时人文主义已经由南方传播到中欧。假使能把人文主义的文化养成与法律教育结合的话，就会产生豁然大度，了解本土事物，因此被召唤来研拟值得称道的法律，并且从事实务的工作（例如 Zasius、Fichard）；但这并非常态，不够深入的伦理、艺术上的文化素养，反而会导致这些文化发迹者的学术骄狂，他们坚信书袋，不肯用开朗的眼光观察周遭环境。在 1510—1530 年德意志人文主义极盛时期，形成一些未来会决定现代文化精神，因此也影响未来法学发展的力量，质言之，重新发现古代、形成内在体系的意志。然而，这些在德意志提前开放的繁花却过早枯萎，要等到十八世纪的最后三分之一一起，因为受晚期荷兰优雅法学家（Eleganten）的激励，历史学上、语言学上的罗马主义才在德意志重新兴起，而这个复兴正是促成十九世纪德意志学说汇编学的前提要件。

与继受时期之法律家的特色相应，继受时期的印刷出版品也显示两股潮流的更迭交替。一方面是一般需求的、必要的通俗文献；另一方面是全然不相当的学术、风格上的水准。这就是这段激动喧扰之继受时期的特色；于此，用通俗方式教育门外汉的普及性工作，与精英分子发现新文明世界的努力遭际相逢。

作者用“有学养之司法裁判的推进”来说明继受时期司法裁判的特色。在此,普通法诉讼程序中,书面的上诉审程序自始就倾向于划分“与法律有关的”陈述与“自然的案件事实”,并区分“法律问题”与“事实问题”;这两方面的要求共同导致“区分分明”(artikuliert)的诉讼程序。这种技术对于法律观本身广阔无垠的影响表现在两个方向。首先,透过上述两项划分,法官的裁判变成涵摄(Subsumtion),质言之,一种逻辑的判断。其次,这种技术一方面促成合理论证、合理检验、免于恣意与自利的裁判,更确保了形式的正义与法的安定性;然而,对未经训练的社会成员而言,却也剥夺了法院裁判鲜明、可解的性质,使司法裁判变成受过法学训练者独占的宝库。

依其原本的意图,继受时代的法律记录书籍应该置身于中世纪法律记录书以及,十八世纪末以来现代法律国家规划的法典之间。它们与(实践性继受之前的)城市法及邦法记录书的传统相连,但越到后来,它们就越有意识、有计划地更新法制,而不只是单纯地确定传统。这项演变背后有各邦邦主、特权等级的下述利益在发生作用:司法裁判的统一、弊端的革除;尤其下级审法院裁判的不一致,经常会伤害到外行人的学术感情及法律家的学术意识。然而,邦内的各地习惯通常不宜作为共通邦法的基础,因为这些习惯多式多样,内容并不明确。因此,邦法罗马化的规则是:地方法制越强烈分化、越不发展,邦法就越从属于学术化的罗马法制;反过来说,罗马法一般普遍适用的机会、具体实现可能性,原则上取决于:本地法制是否被记录下来、迄至当时本地法制适用的恒定情况以及,其地域上适用范围的大小。

被理解为采纳的“继受”,必须藉同化的过程来完成。缺少这个过程,既无法活泼地续造继受来的法律素材,也不能创造出真正德意志“现行”之法的学术。同化的过程缓慢而劳苦,直到普通法的欧洲文件获得实践的经验,对其逐渐熟悉、运用成熟后,德意志法律家才能够在其国内所有法律事物领域内适切地承担任务。罗马法在德意志历史上最长,恐怕也是最重要的这一段发展创造了普通法的释义学,我们称呼这个近代早期已经巩固之普通法学的时代为“现代运用”。在此,累积了德意志法学界、实务界数百年来精细探讨释义学上各种问题的成果,这些努力的动力比

较不是来自社会、理念上的要求，毋宁是日常实务生活上直接的挑战。我们必须感谢十七、十八世纪的实务家，直到他们才把许多德意志法律生活中的非普通法制度，安排到普通法释义学的传统里面；许多普通法的主要理论，也要到现代运用的时代才取得其法释义学上最终的形态，以此形态被理性法批判、体系化，被编入古老的理性法法典，乃至被学说汇编学所更新。这个时代的政治情境（古老普世支配权力瓦解）也促成地域性公法（*jus publicum*）的兴起，并成为独立的学门。

现代运用是介于，一方面是中世纪末期法学与德意志对此的继受，另一方面是理性法的革命精神之间的，长久而具多面性的阶段。它取代了对欧洲普通法的单纯接纳，创造出一种针对整个德意志现行法开展的、实证的法释义学，也是它才创建出今天习见的法律专业学门、专业文献，可以说是今日蓬勃发展之法学的真正开端。因为这个时代的趋势在于，因应实务的需要，整理法律关系的原始素材，因此，这个时代并未能有得享盛名的德意志法律家。默然致力于日常任务，并独立地取向于这些经验，正是这些实务家的贡献。在此，不能期待原创性的光与热，然而，实事求是的、实际的贡献，未必就不如大战之后彰明昭著的勋绩；赋予众多个别努力一个整体性的轮廓，可能要比其他阶段里的大师之作还难能可贵。在这个务实扎根的时代结束后，自然法的传统将发展为自主独立的社会哲学与法哲学，将依据历史主义、第二次人文主义的精神来更新罗马法，要等到这些力量连结起来，现代法学才会直接显露。

理性法、启蒙运动与自然法法典：与开明专制主义或国民意识为伴？

将自然法的传统发展为自主独立之社会哲学、法哲学的理性法时代，其特色在于：在这段期间，特定社会哲学主张其本身为可直接适用的法理论，不须经过稳定之专业法学的媒介。理性法的基础是对人类的新理解。人类既不再（像以前那样）被当作神永生世界的子民，或者（像稍后那样）被当作历史世界中的一员，毋宁被视为自然法则所掌握之世界的一个要素。认识自然法则这项现代要求，就这样被扩张到社会（质言之，法秩序与国家）的自然性质上；对它们也应该提出一些法则，而且这些法则也应该具有如同数学推论那样，不可变更的确定性。作者将这一段近代自然

法的发展,分为三个世代来观察:

在近代自然法的最初发展阶段,经院哲学与神学传统仍有其影响力。它既未尝试摆脱以神为宇宙中心的法形上学,也并未替自主的法体系创设方法上的必要条件。这一代法思想家所以成为近代自然法的创始者,毋宁是因为:针对所处的时代纷争,他们务实地要求,必须有法规范;这和他们大多不是来自大学,毋宁是透过生动的公共生活经验获致其理论成就一事,桴鼓相应。这一代理性法思想家与宗教改革运动密切相关。理性法的前驱最初站在支持宗教改革这一方;例如建构出关于法之起源本质的独特思想的 Johann Oldendorp,现代国民主权理论的最重要创始人 Althusius 以及,在宗教战争与殖民地战争的一片混乱中,尝试找出一种普遍有效而务实之国际法的 Grotius。在反对宗教改革的阵营里,西班牙神学家、法律家则将古老经院学派的传统,运用到当时所有的法律问题上去,尤其是牵涉殖民地、宗教战争与国际法的部分。

第一代法思想家中最受注目的是 Grotius,他被视为现代自然法的真正创始人。然而,他也处于中世纪与晚期经院学派伦理神学的传统中;他之享有现代自然法发起人之名,源自他独特的、个人的、政治性的伦理立场:为了寻求伦理之世界秩序,他透过广泛的整体观照来寻求新的自然法,而因为他受监禁、流亡之苦的个人经验,使得这项观照更加丰富,让他的眼光由一般的传统开展到普遍有效的人权上去。并且因为这项努力发生在普遍有效之欧洲整体传统崩裂,正在渴求新的、具有普遍拘束力之规则的历史时点,其具有划时代的意义。

然而, Grotius 发展出来的新伦理学,其与传统学门之间关系如何还没有被重新界定,理性法的原理、定则本身也还没有被安排成一种(由彼此不相矛盾的前提、结论所组成的)严格体系。这两项任务是由理性法的第二阶段,质言之,体系化、“数学化”的理性法阶段所完成的;第二代理性法思想家才为理性法体系创建出固有的方法基础,也才使俗世社会伦理学摆脱伦理神学在方法论上的影响。这段历程的代表性学者是 Hobbes 与 Pufendorf:

当宗教战争逐渐进入尾声,这个世代的思想家努力使理性法摆脱宗教确信的束缚。Hobbes 是把自然法则之思考形式逻辑一贯地转用到人

类社会的第一人；然而，因其权力实证主义的倾向，这种作法导致自然法的理性化与去伦理化，直到Pufendorf才撤回这种想法。重建一个世俗的社会伦理学，为它在伦理神学与实证法律传统中间争取到一个空间，为它填充各种法律文化的观点，乃是Pufendorf的伟大贡献；今天中欧各伟大法典之借助理性法以建构普遍的法学体系，正是受到Pufendorf的影响。其体系的前提是自主的社会伦理学，质言之，要求后者独立于教会的教条之外。其体系建构的出发点是：社会性、软弱、必须仰赖他人协助的，自然理性中的人类特质。然后，借助笛卡尔的理论，他交错运用合理推论、经验观察的方法，由前述的人类特质发展出一个普遍体系；在这个建构里，每个构成部分都以（用数学方式表达之）公理为其最后根据。

十七、十八世纪的理性法与启蒙运动本来并非一事。理性法赋予一种古西欧社会哲学新的形态；启蒙运动则是一种勇敢向新生活观迈进之伦理上、宗教上的重大突破。然而，这两种运动密切结合在一起：借助早期启蒙运动思想家（像笛卡尔）的启发，较新理性法的体系才能完成；而启蒙运动在撤废魔法犯罪、宗教迫害及身体刑罚等人道主义的努力上，则是以理性法为论述根据。但是，只有在中欧，这种脉络关联才真正发生司法政策上的影响。在此，启蒙运动的新式大学把理性法介绍给（未来在专制主义中占主导地位的）官僚科层，因此，理性法很早就进入行政与立法活动中；此外，这一代的思想家也有机会进入宫廷与政府，成为国王或宫廷人士的顾问，领主、公务员乃至全部国民的伦理导师。

在实际影响政治领域的同时，学术场域内，理性法合理化的程序却开始掏空自然法的伦理内涵。从Thomasius以来，自然法人类学中的普遍性质（社会性、相互扶助的需求等）开始转变成“个人的感受”（一种单纯的心理事实），伦理性与实证性、伦理义务与法规范上的“强制义务”极端对立；然而，因为他把理性法想象为一种特定历史时空中之法，他要求实证法必须合乎理性，因此也会对法律政策提出一些（可以满足个人良知之）实践上的要求。Christian Wolff的自然法理论废止了（Thomasius所主张之）个人伦理义务与法律强制义务的区分，使自然法再度成为“关于行为善恶的义务理论”。但他非仅单纯回归Pufendorf、Grotius的见解，更进一步将自然的社会伦理学具体化；他如此扩张理性法的体系，将其精细

化,以致自然法和实证法相互接近到,可得要求将自然法的伦理命令实现在实证立法中。他说明此一体系的方式是:从较高的公理一直到最小的细节,所有自然法的语句都应该依照无漏洞的演绎方式推论出来;质言之,他排除所有归纳和观察的因素。他特有的贡献也表现在:在既存开明君主体制下之政治场域中的努力。

理性法与启蒙运动结盟,首先在中欧与南欧的专制主义国家里,在法国革命事件之后,又共同在西欧促成现代法典化的巨流。虽然两者产生的条件极为不同,法典却是它们的共同面貌。这些法典不同于先前(主要用以确定、安排、改善或续造现存法规范)的法律记录书,它们希望透过体系性地穷尽安排所有的法律素材,预先规划出一个较好的社会。因此,它们通常不是由专业传统的负责人、法学家或法官们来起草,毋宁是由君主所信赖的,受过哲学训练与政治洗礼之人来负责。具体的成果是:普鲁士一般邦法典、奥地利一般民法典与拿破仑的一些法典:

依据它的精神,Dilthey 恰当地把普鲁士一般邦法典称作“普鲁士的自然法”。其优缺点是非特烈国家建筑艺术(换言之,欧洲启蒙运动后之晚期专制主义)的记录。一方面,在欧洲立法史上,它几乎是无与伦比地,由人类社会的原则性纲领出发,精心描绘建构国家的庞大计划;依其风格、内容而言,都称得上是高度法律文化的表现,而只有透过理性法的人类学观点,才有可能造就这样井然分明的建构艺术。另一方面,这项法律的极限在于:它为安顿人类社会秩序所发现的解答,必然要受到时空的限制,尤其是它未经批判之对理性的信赖、它对于国民自主决定抱持的怀疑态度以及,它已经陈旧的国家形象。正是这些过时的观点使这个法典所发生的影响力,远远落在它实际上具有的价值之后。超越一般邦法典的是历史法学派,后者的第一个攻击目标正是开明专制主义的法典。

奥地利一般民法典也是德意志启蒙运动的表现。世界观上,它带着约瑟夫启蒙思想的特征,既尚未受拿破仑失败后之复辟运动,也还没有受到国民主权、政治自由主义等理念的影响。它同样遵循自然法的体系,但缺乏普鲁士一般邦法典之庞大政治建构的性质;因其宪政地位存在如此深刻的历史性差异,因此自始不准备引进公法的内容,这个法典是纯粹的私法典(“民事法典”)。正因它的略而不论,这个法典可以经历将近一个

半世纪里巨大的、世界政治的巨变，而始终维持其效力。

因为 1804 年法国民法典在外烁与精神上光辉灿烂的影响力，前述法典都相形见绌。这个伟大法典也孕育于理性法的法律信仰，它的结构基本上是一种理性法的体系；然而，它的内在形式与法律形象主要受法国革命、拿破仑伟大形象的光辉所翼附。法国的法典化运动不是开明专制主义的行动，它一开始是革命国族本身的作品，稍后则成为拿破仑的伟大剧场。才刚取得胜利之国民主权的热情以及，市民阶级对法律的积极参与共同确立了这一波法典化运动的主要精神特征；市民在法律之前的平等以及个人范围内的自由，要在法国民法典才变成新社会形象鲜活的公理，这项反传统的特征确保了法国民法典的使命地位。就体系与概念的表达方式而言，其精要明白的构造、清晰隽永的文字，超越同时代的两部德意志法典；此外，因为法国民法典带有强烈的政治热情，它精神上坚实统一、风格上纯粹，这项优点也出现在本于比较古老之国家理想的普鲁士一般邦法典中。

最后应该总结理性法对近代法律文明的贡献。在私法的领域里，理性法被用来对抗实证法中的一些现实因素，只要它们被认定与普遍的法律理性不符；如是，理性法就能够广泛去除罗马法源、各种古老权威对私法学原则上的拘束力，让法律政策不须受罗马法约束。然而，理性法对欧洲的重要贡献还在于它的体系；从 Hobbes 与 Pufendorf 之后，能否合逻辑地展示一个封闭体系，就成为检验合理的理性法，其方法论上的公理是否可靠的依据。更重要的是理性法对近代法律文明的整体影响，其显示，理性的信仰确实能够撼动山岳。然而，在欧洲的几个主要国家里，其演变历程、着重点与政治热情也有差异。在此，中欧启蒙运动始终存在的弱点是：作为高权者规划的秩序与计划，它企图藉强制力来贯彻理性与人道主义，因此无法造就广大国民阶层伦理上、政治上的自由热情。相对于此，从 1790 年起，在法国新宪法与有关革命的法律里，理性取得的胜利是奋战而来的，不是由上而来的命令；因此，迄今其仍是团结此一民族国家的重大因素。而从那时起，中欧国家的秩序热爱与西欧国家的自由热情就始终是对手。

历史法学派与学说汇编学：法典化的反对与促成

自然法法典的产生,意味着实践性-伦理性法律文化的胜利。然而,其并未取得全面的成果,因为少数精英的启蒙力量无法直接、快速地影响专业学门与裁判;立法上短暂处于支配地位的理性法,却必须面对普通法在内在生活、外在影响力上的优势。因此,当上升的国民意识与人文主义的文化更新一起攻击专制国家的机械性立法时,受排斥与受监护的感觉在德意志导致启蒙之自然法的崩溃。此外,康德的实践理性批判及其法理论之形上学基础,也成功地瓦解古老自然法与理性法中的法形上学;伟大理性法创造者未经批判的自然法定理、启蒙立法者对国族历史的打击,都同样受到质疑。自此,实证法的正义乃植基于康德的(人格及其伦理意志之自律性的)伦理学以及,康德认法秩序之目的为实现最大自由,使法律成员之自由得以并存的观点。然而,这一时期在法学领域里取代理性法而独领风骚的是历史法学派。有力的黑格尔国家哲学与法哲学虽然是普鲁士王室的国家哲学;然而,此一哲学毕竟未能对(能够洞悉理性法的非历史性之病,转而诉诸文化与民族精神的历史性,因此正是为复辟服务的)民法学发生影响。

对于容易因望文生义而产生误解的历史法学派,作者精确指出,历史法学并非将法理解成历史,实证法学毋宁才是“历史性的”;她所领导的,实证法学之更新计划的意义只在于:法学的对象已预先被现行法的历史性所决定。历史法学在法律的历史性中发现了自身民族的历史性;她先是从法律的各种意涵来发现民族精神,之后又认定法乃是民族精神的产物。此外,历史法学派的真正本质是:重新创立有方法意识的、体系性的法学。具体言之,其希望将现代运用的法释义学提升到,以对认识的批判为基础,将实证法律素材全体组织成具内部体系的学术;这是历史法学派罗马语系分支最主要的意向与成就。历史法学的难以掌握也源于,其罗马派与日耳曼派间的分合;以下介绍两派重要学者的主张以及,二者的对立与和解:

罗马派历史法学者中,Gustav Hugo 在批判理性法、其立法者之超越历史的唯心论,在以一定方法建构体系性法学以及,在建立法及其历史与

社会现实之间的关系时,预示了历史法学派迄今犹存的贡献。历史法学派罗马分支的代表人物——萨维尼,其始终坚守的法学目标是:结合“哲学性的”(亦即体系性的)与“历史性的”(质言之,批注—诠释性的)处理方式。然而,以其出身与社会地位而论,萨维尼是一位政治家,他所进行的法学更新可被视为司法政策的行动。于此显示其精神上强烈的紧张状态,这同时构成掌握其意向的重大障碍:从学术成熟期起迄至宏大的晚期释义学巨著,萨维尼均严守法理论学与康德的自由伦理;相对于此,依其政治与宗教上的信念,他却支持现存的政治与宗教秩序,维护王室、教会、社团与特权阶级历史上传来的权利。作为萨维尼的门生与其教席继任者,Puchta在精神层次与观照能力上虽然无法与其师相提并论,但他在体系与概念建构上显示的逻辑力量却超过乃师;因此,自1830年代起,Puchta对民法学研究方法上的影响力已经超过萨维尼。Puchta认定,法学方法上的形式化正是一方面反抗反动的复辟,一方面防御“即将来临的革命”,用以捍卫正义主张的保证;因此,国族主义、自然主义与社会主义三方面的法学批评者,认其对政治与社会冷漠的责难,其实是欠缺根据的。

因罗马派主张,由罗马法的传统出发,对整体法学作文化上的更新,使日耳曼派自始就身陷困难与纠葛的处境。在这样的情境下,他们或者接续哥廷根派实用主义式的宪法与法源探讨(例如Eichhorn),或者结合德意志语言学,投入日耳曼与德意志法律古文献的研究(例如Jacob Grimm),或转而对学说汇编学所忽略之一般或个别领域的私法素材作全面的研究(例如一般邦法典的注释家与德意志商法学的创始人)。而一旦他们提出对当代整体法律生活的要求时,就无可避免地会与罗马派的民法学相冲突;Georg Beseler与相当久之后的Otto von Gierke都走上这条路。

具体言之,两派对立的爆发源自:Puchta从历史浪漫主义转向学术性实证主义,Beseler则由民族精神的浪漫主义转向目下国族民主主义的要求。1848年革命失败之后,因眼前的经济与社会问题、国族性联盟中现实之国族政治活动的追迫以及,1850年代晚期和1860年代的进步立法,两派争议逐渐消弭。

除了罗马派与日耳曼派之间的纠葛外,为了替历史法学派作更清楚的定位,有必要厘清其与发现法律史之间的关系。就此,作者以令人赞叹的透视力指出,虽然历史法学派的纲领视法律史研究为促成有机地理解(在历史中形成之)法律的手段,并且历史法学派形成之际也正是罗马法历史的发现时代;然而,其法学任务的释义学取向却阻挡其参与助成十九世纪历史学的完成。只要罗马法还要为现行法的释义学效劳,它就无法变成历史学;因为自由的历史性理解将会干扰(必须为现代服务之)学说汇编文本的解释,毫无限制的文本批判也可能危及(经高超手法而获致和谐之)学说汇编的可靠成果。直到晚期学说汇编学因准备民法典的制定工作而告别罗马文献时,法律史才可能完全解放;那些将罗马学变成真正的法律史之根本性论述,其之完成于德意志民法典即将在望的1880年代,并非偶然。

在确实掌握历史法学派的定位之后,终于可以回到其主要致力建构的,体系性的民法学:学说汇编学。这种法学是以法学实证主义的法律观为基础,后者只从法学的体系、概念与定理中推论出法条及其适用,外于法学的(诸如宗教、社会或学术的)评价与目的,均不具创造或改变法律的力量;如是,就会产生下列两项重要的后果:一方面,既存的法秩序始终是一个由制度与法条组成的封闭体系,其独立于(由制度与法条所规整之)生活关系的社会现实之外;此外,依其概念,法学实证主义要求体系的无漏洞性。

法官受学理拘束一事,与实证主义的学术养成理想相符。这个经常被抱怨的、片面的养成理念,起初事实上有其实践性-伦理性以及司法政策上的背景。前者意指:人文主义的、经学术养成,并且遵从康德义务概念之国家公仆的伦理理想。后者牵涉的主要是:因先前透过宗教证立之正义观崩溃,实证法成为正义的替代品;然而,对于国家与社会的关系,市民治国采取不以国家权力介入市民法秩序的立场,因此,必须将自由社会中相互对立的社会、经济利益排除于司法裁判之外。法学实证主义正好反映了此一社会的游戏规则:透过形式规则来调停,而非透过片面权力来裁决。如是,就前者而言,在人文主义教育理念终结后,学术化法律家就身陷社会与精神文明的危机之中。就后者而言,因其并未随同十九世

纪之后经济与社会意识的演变而持续发展,其沦为维护社会不正状态的工具。对学说汇编学前述问题提出批判的主要有三个方向:个人功利主义之时代精神的批判(以耶林为代表);诉诸历史形上学的论据,透过国族政治的热情来论证,纷乱地显示为浪漫主义对德意志法的渴求(例如Otto von Gierke);最后是社会主义式的法律批判(其主要阵形是马克思主义)。

无论如何,因当时的特殊情境,普通法释义学必须扮演代替(1814年之后,因为复辟以及历史法学派纲领以致失败之)德意志共通私法典的角色。虽然如此,从长远的眼光来看,德意志是不会放弃法典化的。从十九世纪中叶起,许多德意志邦国公布了刑法典,自由主义的统一运动在政治上失败之后,从1848年起仍继续贯彻其德意志共通之法典化的工作。如是,法律实证主义开始取代法学实证主义;然而,下述学说汇编学的方法与假定还是决定性的标准:学术体系与法学概念、成文法秩序的无漏洞性以及,法官受学术方法拘束而司法藉由学术性来确保其政治上的中立性。在学说汇编学前述的标准下成立的法典包括德意志民法典与瑞士民法典:

呼应(无漏洞与法官受法律严格拘束之)实证主义的理想,德意志民法典是一种法典化,质言之,其意欲对素材作终局穷尽的描述。藉由严格的概念运用与全面放弃逐案决疑的方式,它达到值得称许的可概观性与简洁性。然而,立法者并未赋予其真正的社会任务;其对私法的社会性控制限于伦理性证立之自由主义的严格界限,其支配性想法主要仍是市民经济社会的利益。这种立场几乎彻底支配债法与物权法,举例而言,其放弃实质的契约伦理,特别是正当价格的实质要求;保守的生活形象则表现在父权式的亲属法中,特别是人格性的婚姻法与夫妻财产制。

瑞士民法典是中欧学说汇编学的第二次法典化,如果没有法学实证主义的体系、概念与逻辑理想的话,简直无法想象其存在。关于其成立的政治背景,作者指出,瑞士近代立法史(“就像在凹透镜里变小但聚焦地”)重复了德意志十九世纪争取法律统一的经历。然而,与德意志相反,瑞士联邦于1848年在国民主权的旗帜下完成国族的统一;因此,除了德意志学术与司法官僚固有的精神与技术能力外,他们还具有充沛的国民意识。

此外,法典的创造者 Eugen Huber 当时已得以运用、继续开展乃至超越德意志民法典的学术贡献与最初的实践经验;虽然如此,瑞士民法典绝不是经改良、调整之德意志民法典的复制品。基于下述三点特色,其截然有别于德意志民法典:强烈、生动地承继未完全学术化的、一般国民的法意识;因此,国民更生动地参与和主张对自身之法的责任;最后,其仅有一位重要的,能够表现其国族最佳素质,因此也取得国族认同的法律创造者。

追溯了历史法学派的起源—反对理性主义的法典化,沿流而下,探得其最后的成果—植基于学说汇编学的法典之后,为了确认此一法学体系在欧洲法秩序内的地位,作者眼光阔阔地说明了“二十世纪的欧洲法律家族”中,盎格鲁—萨克逊与欧陆法律类型,罗马(法兰西)与中欧(德意志)法系的同异之后,再度回顾自身得到下述结论:相较于其他另两种法系,中欧(德意志)法系(至少在德国)比较不能发展出一种固有的政治性、能形塑公众生活的司法文化。德意志法律家自认为是非政治性的,这种态度以对中立的热情为基础,后者乃是法学的与法治国的实证主义在德意志发展出来的。在法律生活中,这种态度增强了法律社会成员对司法的信赖。然而,这种苦行禁欲的另一面是:整个法律家阶级不自视为独立的公共权力;如是,他们对压力团体的侵入比较无力抵抗,此外,因缺乏独立的公共意识,他们有时过份容易认同一般的国家秩序权力。

实证主义危机中的私法:持续、演进或变革?

德意志民法典施行(1900年1月1日)十五年后,经济与社会已发生超乎寻常的巨大变动,不同层面的法律家应如何使这部(植基于法学实证主义学术理想的)法典得以因应变局?作者分由司法裁判、立法与学术界三方面说明其各自采取的策略:

就司法裁判而言,作者根据民法典之法定体系的顺序,分别介绍了帝国法院、联邦最高法院在续造此一法秩序上的重要成果;据此指出,这两个前、后最高等级民事法院在司法裁判上的根本性差异,其重点在于:与法律文义的关系不同。帝国法院原则上严守法律忠诚的要求,相对于此,联邦最高法院则明白、充满自我意识地承认,法官被赋予,依当下德国社会的需求与伦理判断,来续造法秩序的任务。简言之,帝国法院过于迟

疑,而联邦最高法院又容易轻举妄动。风格转变的原因在于:帝国法院之法的续造始于法律实证主义盛期,并深受德意志民法典声望的压力;相对于此,联邦最高法院开始司法裁判工作时已远离民法典产生的年代,并且因战后的艰困与基本法关于社会国的付托,它自认应承担更重的社会责任。然而,联邦最高法院与释义学传统决绝,也引发新的问题:司法裁判的突然转向及其致力追求个案正义,无疑会影响法安定性。

在德意志民法典的修正方面,作者指出,显示一次大战结束以来之社会国趋势的新立法,并未深刻影响该法典的外在状态;直到纳粹统治以及,1945年以后的重建时期,才透过诸多部分法典化的工作排除或取代了德意志民法典的相关部分。事实上,纳粹的“法律更新”起初并未对民事法作基本的变革,因为在此一时期,对法治国的破坏与向社会国的开展,比较显现在个别立法与司法裁判上,特别是透过公权力的法律适用;市场经济、劳动与土地法制的全然变革,尤其是如此。即使是1949年以后在法治国下进行的更新(其同时取向于社会国),成长的颠峰仍是在个别立法与司法裁判。如是,不免要论及私法内在统一性是否会因诸多个别立法而受到影响。就此,作者指出,民事法之体系统一性的要求植基于市民社会与其法律形象——法学实证主义,如是,则此种古老社会形象的崩溃也会显示在(将私法中重要社会领域外移于个别法制所导致之)民事法体系统一性的分解上。这个发展显示在公土地法制、住屋社区与住屋建筑法、租赁法制、劳动与经济法制里建构出来,可以藉社会法概念来总括表达的各种法律形式里。这个在传统公法与私法之间的新兴中间领域,其共通的功能原则是:社会与经济的运作既非透过国家的直接命令,亦非由经济主体依私法自治原则来处理,毋宁应藉由社会团体间的合作或公权力的调整、平衡其利益,以达成之。

在关于司法裁判与立法演进的说明里屡屡提及的社会国取向,正显示新近私法发展的精神特色:由市民-自由的到社会的法治国之一般演进趋势。这个转变在私法领域的三个本质性要素是:藉由私权的社会功能将之相对化、此种权限在社会伦理上的拘束以及,背离十九世纪古典私法体系的形式主义。

十九世纪的法学形式主义源自学说汇编学的纲领,如前所述,后者本